

Sygn. akt: KIO 2149/23

POSTANOWIENIE
z dnia 04 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 04 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2023 r. przez Odwołującego: **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Maxto Technology sp. z o.o., Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. (ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** w imieniu i na rzecz którego działa **Zakład Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach (ul. Nakielska 3, 42-600 Tarnowskie Góry)** przy udziale Wykonawcy **Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. (ul. A. Asnyka 32, 40-696 Katowice)** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego: **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Maxto Technology sp. z o.o., Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. (ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka)** kwoty **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2149/23

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w imieniu i na rzecz którego działa Zakład Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „projekt, dostawa i uruchomienie systemów CSDIP i SMW na liniach: nr 140 (odcinek Sumina – Nędza), nr 148 (odcinek Żory – Rybnik) i nr 159 ((odcinek Żory – p. odg. Studzionka) w ramach projektu pn. „Zabudowa Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej – etap I, część 2””.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 06 stycznia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 005-008065.

21 lipca 2023 roku Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Maxto Technology sp. z o.o., Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. wnieśli odwołanie w zakresie części nr 1 zamówienia, od następujących czynności Zamawiającego:

- czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A.
- zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A.,
- zaniechania wezwania Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,
- zaniechania wezwania Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A., pomimo że dla podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega ten Wykonawca, tj. INTER-NOVA sp. z o.o., złożono uzupełnione w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zaświadczenia z Krajowego Rejestru Sądowego jako cyfrowe odwzorowanie z dokumentem w postaci papierowej, jednakże poświadczenie zgodności zostało dokonane niezgodnie z przepisami § 6 ust. 2-4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, ponieważ dokonał go pełnomocnik Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. – Pan W.S., a nie osoba upoważniona do reprezentacji INTER-NOVA sp. z o.o., co powoduje, że zasoby tego podmiotu nie mogą być uwzględnione przy badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji:

a) Wykonawca Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania następującymi osobami dla zadania nr 1: Kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych oraz Projektant - branża telekomunikacyjna (rozd. X ust. 2 pkt 4) lit. b) SWZ) - zasób udostępniony przez INTER-NOVA sp. z o.o.,

b) Wykonawca Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A., pomimo, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w rozdz. X ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret drugi SWZ dla zadania nr 1 (o treści: *Zaprojektowanie, zainstalowanie i uruchomienie wielostrefowego systemu rozgłoszeniowego w tym Zamawiający dopuszcza DSO-dźwiękowe systemy ostrzegawcze EN-54) obejmującego co najmniej 20 głośników w obrębie jednej lokalizacji*) - zasób udostępniony przez Komunikacyjne Zakłady Automatyki Trans-Tel Sp. z o.o., co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Jednocześnie w zakresie dotyczącym wykazania spełniania wskazanego warunku należy także uznać, że Wykonawca Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A., pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny;

4) art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. wskazanej w zał. nr 10a do SWZ - RCO z poprawkami z dn. 24.02.2023r. zad1.pdf - Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO) - zadanie nr 1 Zabudowa CSDIP i SMW na linii nr 140 (odcinek Sumina - Nędza) stacja Rybni poz. 6, choć wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

5) art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. X ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret drugi SWZ dla zadania nr 1 polegającego na wykonaniu roboty obejmującej zakresem: *„Zaprojektowanie, zainstalowanie i uruchomienie wielostrefowego systemu rozgłoszeniowego w tym Zamawiający dopuszcza DSO- dźwiękowe systemy ostrzegawcze EN-54) obejmującego co najmniej 20 głośników w obrębie jednej lokalizacji”*, pomimo, że dokumenty złożone przez tego Wykonawcę są niekompletne, zawierają błędy i nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

6) art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. X ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret drugi SWZ dla zadania nr 1 polegającego na wykonaniu roboty obejmującej zakresem: *„Zaprojektowanie, zainstalowanie i uruchomienie wielostrefowego systemu rozgłoszeniowego w tym Zamawiający dopuszcza DSO- dźwiękowe systemy ostrzegawcze EN-54) obejmującego co najmniej 20 głośników w obrębie jednej lokalizacji”* pomimo, że złożone dokumenty budzą zasadnicze wątpliwości;

7) art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. do uzupełnienia złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych informacji z Krajowego Rejestru Karnego, które zostały sporządzone wcześniej niż 6 miesięcy przed ich złożeniem, tj. :

a) wszystkich zaświadczeń z KRK dla Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. - wszystkie złożone zaświadczenia sporządzone zostały w dniu 16.12.2023r.,

b) zaświadczenia KRK dla podmiotu udostępniającego potencjał - Kolejowe Zakłady Automatyki Trans-Tel Sp. z o.o. - dla Pana Roberta Pieniak, Pana Kazimierza Pieniak oraz Pana Dawida Pieniak, które zostały sporządzone w dniu

20.12.2022r.;

8)art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A., pomimo że nie jest to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;

9)art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A.

31 lipca 2023 roku Zamawiający wniósł pismo, w którym poinformował, że 28 lipca 2023 roku dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 1 (z 11 lipca 2023 roku) i jednocześnie przesłał ww. informację Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Zamawiający w przesłanym piśmie oświadczył, że: „Zamawiający po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 1 w niniejszym postępowaniu firmy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. 40-696 Katowice ul. A. Asnyka 32, w związku z treścią odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności/zaniechania zamawiającego uznał, iż koniecznym stało się zwrócenie się do firmy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. o udzielenie dodatkowych wyjaśnień do treści oferty, które pozwolą na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający każdorazowo ma prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie”.

Zamawiający wyjaśnił, że informacja o czynności Zamawiającego tj. informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 1 z dnia 28.07.2023 r. została zamieszczona na Platformie zakupowej pod adresem oraz przesłana wszystkim uczestnikom postępowania za pośrednictwem zakładki „korespondencja”.

Zamawiający załączył dowód w postaci kopii informacji o unieważnieniu czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 1 wraz z dokumentem potwierdzającym datę przekazania tej informacji.

Zamawiający wskazał również że z uwagi na to, iż swoją decyzją w istocie zadośćuczynił oczekiwaniom Odwołującego w zakresie stawianych zarzutów, postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, w ocenie Zamawiającego, winno ulec umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, gdyż stało się bezprzedmiotowe.

Zamawiający wniósł o skierowanie sprawy na posiedzenie niejawne i umorzenie postępowania.

Zamawiający zatem po wniesieniu odwołania unieważnił swoją czynność, polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej, która stanowiła przedmiot postępowania odwoławczego. Tym samym Zamawiający wyeliminował z obrotu prawnego decyzję dotyczącą oceny ofert. W tej sytuacji rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów odwołania stało się zbędne.

Zgodnie z artykułem 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zamawiający poinformował, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że nie istnieje czynność wobec której zostało wniesione odwołanie. Postępowanie odwoławcze stało się zatem zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania w oparciu o art. 568 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W związku z powyższym postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku

na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący:

.....